



Sommaire Contents

Editorial	Henry LESGUILLONS	319
ARTICLES		
La force majeure dans les contrats entre sociétés occidentales et centrales commerciales soviétiques <i>"Force majeure" in Contracts between Western Companies and Soviet Commercial Centrals</i>	Nicolas SOKOLOW	323
Le financement avec « engagement d'utilisation » <i>Financing with a Throughput Agreement</i>	Marc VERGIER	331
The Unfair Contracts Trade Act 1977 <i>La Loi de 1977 sur les clauses contractuelles abusives</i>	Annette GRIFFITHS-PARKER	339
Le régime des investissements étrangers en R.F.A. <i>Foreign Investments in West Germany</i>	Helmar LANG	347
La nouvelle réglementation de la banque étrangère en Espagne <i>New Spanish Banking Regulations</i>	José Carlos FERNANDEZ ROZAS	363
NOTE D'ACTUALISATION - UP DATE		
Le projet de deuxième amendement aux statuts du F.M.I. et ses prolongements (un exemple : les droits de tirage spéciaux) <i>Draft of Second Amendement of the Charter I.M.F. and Its Consequences (An Example : Special Drawing Rights)</i>	Elie-Paul BURKI	383

La nouvelle réglementation de la banque étrangère en Espagne

José Carlos
FERNANDEZ ROZAS*

1. Modalités d'établissement des banques étrangères en territoire espagnol

Le régime de l'établissement direct de la banque étrangère en Espagne a subi une notable variation à partir de la publication du Décret royal 1 388/78¹. Avec cette disposition, le secteur financier jusqu'à présent le plus réticent de l'économie espagnole à la pénétration du capital étranger s'est vu débordé, après presque vingt ans d'opposition tenace, par les pressions de la banque multinationale. Mais le plus surprenant de cette libéralisation sur le plan bancaire est que, contre toute attente, le nouveau texte a apporté une authentique mutation du système en vigueur jusqu'à 1978. En effet, ce dernier, l'un des plus restrictifs au monde (sans doute était-ce le plus restrictif d'Europe), en vient à s'aligner sur les systèmes adoptés par les pays qui maintiennent une politique d'attraction de la banque étrangère².

Cette nouvelle orientation s'inscrit dans le processus de changement politique opéré récemment en Espagne ; il s'agit d'un élément du nouveau programme économique entrepris, non sans difficultés, par le gouvernement Suarez.

New Spanish Banking Regulations

Royal Decree 1,388/78 (1978 Decree) radically modified the Spanish banking system which was reputed to be one of the world's most hostile to the establishment of foreign banks.

The 1978 Decree is an important factor in the Suarez government's new economic program.

* Professeur adjoint intérimaire de droit international public et privé à l'Université d'Oviedo (Espagne). L'auteur a rédigé sur le thème « L'accès des étrangers à l'activité bancaire », sa thèse de doctorat, qui fut présentée en juin 1977.

1. Real Decreto 1 388/78, du 23 juin, por el que regula la presencia de la Banca extranjera en Espana (B.O.E., 24-VI-1978).

2. J.C. Fernandez Rozas, « L'adhésion de l'Espagne et les problèmes bancaires », communication dans la *Table Ronde sur la Problématique de l'adhésion de l'Espagne aux Communautés Européennes*, Louvain, décembre 1977.

D.P.C.I., octobre 1978
Tome 4, n° 3, pp. 363-381

The 1978 Decree provides that foreign banks may become established in Spain by creating a representative office, subsidiary or a branch.

In fact, a representative office may not legally carry on banking activities and, therefore, from a legal point of view, its creation is not considered to be an establishment. It is also not subject to the same commercial registration formalities and is not subject to the same tax system as branches and subsidiaries.

It is regrettable that Parliament did not specifically regulate the authorization procedure, the formation formalities and the legal status of representative offices.

Few legal texts of other countries are as clear as the Spanish text on creating branches and subsidiaries.

L'article 1 du Décret royal distingue trois modalités de « l'établissement » des banques étrangères :

- a) bureaux de représentation ;
- b) banques filiales ;
- c) succursales de banques étrangères.

Première remarque : l'incompatibilité technique de l'inclusion des « bureaux de représentation » dans le texte. De tels bureaux constituent en effet une modalité d'implantation indirecte (car ils ne peuvent, en eux-mêmes, réaliser des opérations de banque, à la différence des succursales et des filiales qui sont parfaitement habilitées à réaliser ces opérations). Ceci a d'ailleurs été mentionné, de façon formelle, dans l'alinéa 2 de l'article 2, selon lequel :

« Lesdits bureaux pourront mener à bien des activités essentiellement informatives sur des questions bancaires, financières, commerciales et économiques en général, sans que, en aucun cas, il leur soit permis de réaliser des opérations de crédit, de dépôt et d'intermédiation financière ».

L'implantation d'un bureau de représentation d'une entité de crédit étrangère, compte tenu de son activité limitée, n'est pas considérée, du point de vue légal, comme un « établissement »³ d'une banque. En effet, de tels bureaux qui existaient déjà en Espagne antérieurement au Décret 1 388/78 ne sont pas soumis aux formalités de l'établissement, ni ne doivent respecter le même régime fiscal ; en outre, ils ne figurent pas au Registre du commerce.

Il est regrettable que le législateur n'ait pas veillé préalablement à la réglementation de l'ouverture en Espagne des bureaux de représentation, d'autant qu'il existait une continue pratique administrative permissive de ces derniers. Il eût été donc préférable de régler spécifiquement aussi bien les conditions de leur implantation, que celles des organismes habilités à les autoriser, tout comme, finalement, de décider de leur statut juridique.

En revanche, le Décret royal règle correctement le traitement de l'établissement direct de la banque étrangère, c'est-à-dire l'ouverture des succursales et des filiales.

3. S.W. Robinson, Jr., *Multinational Banking*, *Sijthoff*, Leyde, 1972, p. 23.

Peu de textes existent en droit comparé qui soient aussi clairs, peut-être parce qu'ils ont été rédigés à d'autres moments historiques et dans un contexte socio-économique différent.

Il n'y a pas lieu d'exposer, d'un point de vue général, la réglementation déficiente des succursales en droit commercial espagnol ; il suffit d'indiquer qu'il n'existe pas jusqu'à présent d'instrument juridique spécifique pour cette situation et que les textes légaux en la matière (articles 15 et 21, *in fine*, du Code de commerce, articles 84 et suivants du Règlement du Registre commercial et, plus récemment, la Résolution de la D.G.T.E. du 20 janvier 1975⁴ font référence aux seules filiales.

Par conséquent le terme de « filiale », utilisé de préférence dans la législation fiscale, a donné lieu à de fréquentes erreurs qui se sont traduites concrètement sur le plan bancaire.

Lorsque nous parlons de « banque filiale », nous nous référons exclusivement à la stricte notion traditionnelle d'entreprise appartenant intégralement à une banque étrangère ; dans la terminologie anglo-saxonne, cette situation répond à la dénomination de « banking subsidiary », en opposition à celles appelées « affiliated banks », pour lesquelles on dispose seulement d'un contrôle minoritaire⁵. Cette dernière figure doit être étudiée logiquement dans le chapitre sur la participation des capitaux.

Ainsi donc, la distinction a été justement faite par le législateur espagnol, qui dispose (article 3 du Décret royal) : « l'on pourra autoriser la création de banques à capital intégralement souscrit par des banques étrangères ».

This is somewhat surprising because even under domestic Spanish law, the specific regulations of branches is not clear.

Banking subsidiary is used in its accepted Anglo-Saxon sens.

In accordance with Article 3 of the 1978 Decree, foreign controlled banking subsidiaries are Spanish juristic persons and may be formed by a joint banking venture.

4. B.O.E., 27-I-1975 ; cf. aussi F. Lucas Fernandez, *Contratación en España por extranjeros*, vol. I, 5a éd., R.D.P., Madrid, 1976, pp. 318 et suiv. ; et A. Urcelay, « Sucursales en España de las empresas multinacionales », dans *Empresas multinacionales y Derecho español*, Madrid (C.E.C.A.), 1977, pp. 165-178.

5. Sur les formes de l'expansion internationale des banques, voy. *inter alia*, S.W. Robinson, *op. cit.* à la note 3, pp. 19-32 ; C. Reuss, « Des relations de correspondants aux banques multinationales », *Revue de la Banque*, 1973, 8, 692-713 ; Sir J. Thomson, « The Organisation of an International Banking Group », dans *The World Banking Challenge* (25th I.B.S.S.), Washington, 1972, pp. 70 et suiv. ; F.A. Lees, *International Banking and Finance*, MacMillan, Londres, 1974, pp. 49 et suiv. ; U. Steuber, *International Banking*, Sijthoff, Leyde, 1976, pp. 5 et suiv. Du point de vue économique voy. S. Paci, *L'attività bancaria internazionale*, Giuffrè, Milan, 1975.

Cet énoncé répond, par là-même, à deux autres questions importantes :

En premier lieu, il détermine expressément la nationalité espagnole de la « banque filiale », ce qui entraîne comme conséquence l'existence d'un lien strictement économique entre cette dernière et la maison-mère. Rappelons qu'en accord avec les articles 15 du Code de commerce et 28 et 41 du Code civil, qui établissent le critère cumulatif du « domicile-constitution », on doit considérer comme personnes juridiques espagnoles celles qui sont constituées et domiciliées en Espagne, en accord avec leur législation, tout comme celles constituées hors d'Espagne en accord avec les lois espagnoles fixant leur domicile en territoire espagnol.

En second lieu, cela permet, dans la constitution de la « banque filiale », l'intervention de plusieurs banques étrangères, au travers de ce qui est connu dans le monde des finances internationales sous le nom de *joint banking venture*.

Article 5 (2) of the 1978 Decree also defines clearly a branch to be an establishment opened under the name and the full financial responsibility of the foreign banks.

This financial responsibility is the key distinction between a branch, the contracts of which directly bind the foreign bank and a banking subsidiary, the contracts of which the foreign bank is not legally but only morally liable unless it is a party to the contract.

Under Spanish law, the establishment of branches of foreign banks is subject to the recognition of juristic personality of its foreign head office. More-

Le Décret royal définit tout aussi clairement les succursales de banques étrangères (alinéa 2 de l'article 5). L'on entend :

« ... par succursale, l'établissement ouvert en Espagne par une banque étrangère, sous la dénomination sociale et la pleine responsabilité patrimoniale de cette dernière, possédant les facultés de réaliser des opérations bancaires dans les termes établis par le présent Décret royal. »

De cet énoncé ressort la distinction la plus importante existant entre les succursales et les filiales : celle de la responsabilité patrimoniale. En effet, les premières, en n'agissant pas en leur propre nom, puisqu'elles ne possèdent pas de patrimoine séparé, compromettent directement la maison-mère, qui se voit obligée d'honorer les contrats contractés en son nom par la succursale.

Au contraire, les engagements d'une « banque filiale » ne touchent pas directement la maison-mère. Cette dernière a, au maximum, une certaine responsabilité morale à l'égard des négoce réalisés par la filiale.

Nous rappellerons brièvement les principales questions juridiques concernant la succursale d'une banque étrangère :

En premier lieu, son établissement est soumis à la reconnaissance par Ordonnance espagnole de la persona-

lité juridique de l'entité dont elle dépend (caractère constitutif ou déclaratif de cette reconnaissance, incidence des accords bilatéraux d'établissement, etc.).

En second lieu, se pose la question de la loi qui doit régir les opérations bancaires réalisées par cette succursale ; faut-il s'en tenir à la loi du siège ou à celle de la banque, c'est-à-dire, celle de l'établissement, ou mieux encore, à la loi du guichet où l'on réalise l'opération ?⁶. Cette dernière solution est celle que nous devons adopter dans le système espagnol, en raison du caractère de « loi de police » de la réglementation du secteur bancaire national.

Dernier problème : le régime de travail des employés de la succursale : quelle sera leur convention collective ? Celle en vigueur dans le pays d'origine, ou celle en vigueur en Espagne ? Espérons que la réglementation complémentaire du Décret royal examinera et résoudra correctement ce problème, se présentant aujourd'hui dans de nombreux centres financiers européens⁷.

over, this law subjects branches established in Spain to Spanish banking law as a matter of public policy.

The only unresolved question is whether employees working for branches are subject to Spanish labor law or the law applicable to the foreign head office.

2. Portée du principe de réciprocité

Le Décret royal affirme dans son préambule que :

« Il semble recommandable d'établir en Espagne une situation semblable à celle en vigueur dans la totalité des pays développés d'économie de marché, à la communauté desquels nous appartenons. Lesdits pays appliquent une réglementation largement permissive aux investissements des banques espagnoles, ce qui oblige l'établissement de la réciprocité opportune ».

Si l'on ne tient pas compte de l'éventuelle critique que le texte suscite par rapport à l'appartenance de l'Espagne

The Preamble of the 1978 Decree states, inter alia, it is desirable for Spain to establish a situation similar to that prevailing in all other developed countries with a market economy whose regulations are favorable to investments by Spanish banks and which requires reciprocity on the part of Spain.

6. Ainsi, H. Batiffol, P. Arminjon, Ch. Gavalda, J. Stoufflet et Y. Loussouarn, en France ; G. Venturini et E. Vitta, en Italie ; G. Kegel, dans la République fédérale d'Allemagne ; P. Freymond, en Suisse ; F.R. Ryder, dans le Royaume Uni, et J.G. Verplaetse, pour le droit espagnol. Dans ce sens, voy. le 12, k, de la loi sur l'application du droit de la République Démocratique Allemande, du 5 décembre 1975.

7. G. Lyon-Caen, « La convention collective de travail en droit international privé », *J. Clunet*, 1964, p. 257 ; B. Knapp, « La protection des travailleurs des sociétés membres du groupe », dans le Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, *Georg et Cie*, Genève, 1974, pp. 147-203.

Two questions: Are the regulations of these countries really similar? Are these countries really favorable to investments by Spanish banks?

The answer to the first question is clearly no. Two categories of countries may be distinguished. There are those countries which attempt to attract foreign banks but exercise more (France, Switzerland and Japan) or less (the UK, Benelux, Greece and previously Lebanon) administrative intervention. Other countries (USA, Canada, Italy and Australia) have shown a marked tendency to protect their national banks and to restrict foreign bank's activities.

à la « communauté d'économie de marché », réalisée en pleine phase d'élaboration de la future Constitution espagnole (où la question n'a pas encore trouvé de solution définitive), deux questions surgissent de l'énoncé antérieur : A) Tous les « pays développés d'économie de marché » maintiennent-ils un régime similaire pour l'accès de la banque étrangère ? B) Lesdits pays maintiennent-ils une attitude libérale à l'égard de l'établissement de la banque espagnole ?

A) A la première question on doit répondre négativement. Il est évident que l'on peut trouver certaines caractéristiques communes aux systèmes bancaires des pays auxquels le Décret royal fait allusion (le système économique adopté par les pays d'accueil et le niveau de développement qu'on y rencontre sont les deux principales variantes qui déterminent l'entrée de la banque étrangère dans un pays donné), mais, dans le détail, on peut signaler également une assez large diversité dans les conditions d'admission ; cette diversité s'observe, même, au sein des différents pays membres de la C.E.E.

En effet, certains pays pratiquent une stratégie d'attraction de la banque étrangère, tout en essayant d'éviter que cette dernière ne mette en péril, à un moment donné, le secteur national relatif au crédit ; il existe, en définitive, une coexistence entre une politique libérale et l'interventionnisme de l'administration. Les systèmes les plus représentatifs de cette tendance sont les trois pays membres du Benelux, la Grande-Bretagne, la Grèce et, à une autre époque, le Liban.

Un second groupe d'Etats, possédant un degré d'interventionnisme plus accusé, mais tendant également à une politique d'attraction de la banque étrangère, cherchent à obtenir que les instituts de crédit non nationaux leur offrent de solides garanties professionnelles et d'honorabilité. Des pays comme la France, la Suisse et le Japon adoptent une tactique dans ce sens.

Enfin, un cercle d'Etats manifestent une attitude clairement protectionniste de la banque nationale ; grâce à cela, ils tentent de faire obstacle, dans les limites permises par le jeu de la réciprocité, au libre accès de la banque étrangère. Il en est ainsi en Amérique du Nord :

on utilise cette technique aux États-Unis⁸, au Canada et déjà sur notre continent, en Italie, sans oublier le système en vigueur en Australie.

B) Ce qui vient d'être exposé au paragraphe précédent répond en partie à la deuxième interrogation que nous avons formulée : tous les pays n'adoptent pas la même attitude face à la banque espagnole. Cependant, on peut affirmer que, dans la pratique, le jeu de la réciprocité n'a pas formé d'obstacle réel à l'expansion des banques espagnoles à l'étranger.

En effet, à l'exception de quelques exemples historiques isolés, qu'il ne convient pas d'examiner ici, l'expansion des banques espagnoles à l'étranger est relativement récente. Elle n'a été concevable qu'après le tournant pris par l'économie espagnole en 1959. Les facteurs qui favorisèrent la projection internationale de certains instituts de crédits espagnols sont en relation directe avec : a) la politique d'attraction des investissements étrangers ; b) la canalisation de l'épargne de l'émigrant ; c) le tourisme et, d) la politique d'importations et d'exportations. La liste des banques espagnoles à l'étranger, au travers de diverses modalités juridiques⁹ (principalement succursales et bureaux de représentation en Europe et participation au capital des banques étrangères en Amérique latine), démontre avec clarté qu'antérieurement au Décret royal elles n'avaient pas subi de limitations importantes pour ce qui touche leur admission.

Malgré tout, la référence au principe de réciprocité est une constante dans la législation bancaire espagnole, et elle concerne autant l'accès que l'exercice de la profession.

En ce qui concerne l'exercice, le premier antécédent en la matière se trouve dans une disposition fiscale (onzième disposition du tarif 3 de l'article 4 de la Loi sur les Utilités de 1922), instituant un régime spécial à quote-part minime pour les banques étrangères établies en Espagne ; malgré cela, on autorisait le gouvernement à réduire les taux « quand il s'agissait de banques appartenant à des pays qui, par accord express, concédaient à l'Espagne les mêmes avantages ».

8. P.F. McMahon, « The International Banking Act of 1978 : Federal Regulation of Foreign Banks in the United States », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1978, 8, 145-175.

9. J. Crespo, Y. Morales de Setien, « La banca española en el extranjero », dans l'ouvrage collectif cité à la note 4, pp. 611-622.

The answer to the second question is equally no because not all these countries are favorable to Spanish banks.

As a practical matter, however, foreign investments by Spanish banks is a relatively recent phenomenon which arose in order to encourage foreign investment in Spain, to channel emigrants' savings, to encourage tourism and to facilitate imports and exports. Foreign establishment of Spanish banks has not encountered serious problems.

The reference to reciprocity, which is constant in the Spanish banking legislation, concerns as much the right to become banks as the right to exercise the banking profession. Concerning the latter, the reciprocity principle was first raised in connection with a 1922 tax law which instituted a minimum quota on foreign banks but gave the government the right to reduced the quota if the country of origin

expressly granted the same advantages.

The right to become a bank based on reciprocity was introduced by a 1926 Royal Decree.

Under the 1978 Royal Decree, reciprocity is a specific requirement for the establishment of a branch or subsidiary, but as the Decree does not refer to representation offices, no reciprocity would appear to be required for its creation.

The 1978 Decree predicates the right of establishment on obtaining prior authorization from the competent authorities. This Decree substitutes one criterion for the five set forth in the draft decree. This criterion is whether or not the investment is in the interest of the national economy. In

De nouveau, sur le plan de l'exercice des droits, apparaît la réciprocité dans l'article 40 de la L.O.B. de 1946.

La réciprocité sera également présente dans le cadre de l'accès à la profession ; le Décret royal du 25 mai 1926 est le premier texte qui y fasse allusion, en affirmant (article 3, n° 3) que :

« ... l'usage public, en Espagne, par des ressortissants ou sociétés étrangères de la dénomination de banque ou banquier pour les affaires pourra être adapté à chaque cas particulier par le gouvernement de S.M., une fois tenu compte des traités internationaux et du principe de réciprocité, préalable au rapport du Conseil supérieur bancaire ».

Postérieurement, ce texte fut repris à l'article 5 du Règlement de la L.O.B. de 1927. Enfin, le principe de réciprocité est précisé dans le paragraphe d) de la Base septième de la L.O.C.B. de 1962.

Dans le Décret royal 1 388/78, l'exigence de réciprocité existant dans le préambule va devenir explicite par rapport à deux des trois modalités d'implantation : les banques filiales (article 3) et les succursales de banques étrangères (article 5). De façon surprenante, néanmoins, on ne fait aucune allusion à l'ouverture de bureaux de représentation qui continuent à être soumis, par conséquent, au régime observé antérieurement, dans lequel, comme nous avons eu l'occasion de le vérifier, cette exigence n'existait pas non plus comme telle.

3. Régime de l'établissement de la banque étrangère

A) Accès à l'activité bancaire :

Le Décret royal maintient le système de l'autorisation préalable.

Cependant les termes des conditions requises pour la concession de cette dernière sont beaucoup plus nuancés que dans le projet de Décret divulgué en mars 1978¹⁰. Si, auparavant, on consolidait une situation clairement discriminatoire, ce même préambule signale maintenant qu'il doit organiser un régime d'objectivité qui tente de garantir aux futurs placeurs de capitaux une « application non discriminatoire ». On supprime, de cette façon, les criticables

« critères orientateurs de la concession » et l'on s'en tient seulement « aux intérêts de l'économie nationale » (critère également prévu pour la création d'une banque au capital national) et au régime de réciprocité.

addition, the authorities must determine if reciprocity exists.

Il est bien entendu que le mécanisme d'autorisation préalable suppose que le Conseil des ministres, sur proposition du Ministre de l'économie¹¹, pourra procéder à la révocation de l'autorisation administrative de création ou d'établissement, au cas où les circonstances mises en relief par l'inspection (effectuée par la Banco de Espana) revêtraient une gravité spéciale (article 7, n° 3).

Pour ce qui est de l'organisme habilité à décréter l'autorisation, on maintient le régime du projet pour les banques filiales et les succursales de banques étrangères : Conseil des ministres, sur proposition du Ministre de l'économie avec rapports préalables de la Banque d'Espagne et du Conseil supérieur bancaire (articles 3, n° 1, et 5, n° 1). Les bureaux de représentation, de leur côté, requièrent simplement l'autorisation du Ministre de l'économie sur proposition de la Banque d'Espagne et rapport préalable du Conseil supérieur bancaire.

For subsidiaries and branches, authorization must be obtained from the Council of Ministers which acts upon a proposal of the Minister of Economy which acts on reports of the Bank of Spain and the High Banking Council. For representation offices, the Ministry of Economy, acting on reports from the above mentioned official bodies is the competent authority.

On peut discerner une variation importante entre le projet et le Décret royal au chapitre sur les formalités exigées pour l'établissement. Si la caractéristique du projet était la discrimination à l'égard de la banque étrangère, le texte définitif proclame un système tendant à l'assimilation de cette dernière à la banque nationale (exception

In order to create a banking subsidiary, four conditions must be met :

10. En mars 1978, le Gouvernement fit connaître un projet de Décret. Ce texte essayait d'atteindre deux objectifs : tranquilliser le secteur hostile de la banque nationale et céder partiellement à la pression étrangère. Les grandes lignes du projet étaient :

a) l'autorisation préalable de l'Administration pour l'accès à l'activité bancaire, avec des critères d'appréciation clairement discrectionnaires, accompagnés d'une série de conditions d'établissement notamment discriminatoires pour la banque étrangère par rapport à la nationale.

b) par contre, le régime du projet n'était pas excessivement restrictif pour l'exercice de l'activité bancaire des entités étrangères établies.

11. Depuis la réforme de l'administration centrale espagnole du 4 juillet 1977 (B.O.E., 5-VII-1977).

faite du régime monétaire en raison de l'existence du contrôle des changes). De cette façon :

1. — Les banques filiales devront :

(a) The subsidiary must be a corporation (sociedad anonima) simultaneously incorporated. Spanish banks are equally subject to this requirement.

a) revêtir la forme de société anonyme espagnole, constituée par le procédé de fondation simultanée (article 3, n° 2, a). Cette formalité figure également comme condition indispensable à la création d'une banque à capital national (article 3, n° 1 du Décret 2 246/74). Ainsi donc, la création d'une banque constituée par une autre forme de société est impossible ; pas même à titre de société anonyme constituée sous la forme de fondation successive articles 8 et 16 à 30 de la Loi sur les sociétés anonymes) ; on n'admet pas, non plus, la constitution d'une banque fonctionnant comme une entreprise individuelle ;

(b) The minimum legal capital is 750 million pesetas and an issue premium equal to at least 100 % of the capital. Spanish banks are equally subject to this requirement, except that for domestic banks established outside Madrid and Barcelona, the capital is only 500 million pesetas.

b) maintenir un capital souscrit qui ne soit pas inférieur à 750 millions de pèsètes, et une prime d'émission équivalente à cent pour cent du capital, que l'on fera figurer sur des comptes séparés et dont on ne pourra disposer sans l'autorisation du Ministère de l'économie (article 3, n° 2, b) ; en définitive, 1 500 millions de pèsètes. Cette formule est semblable à celle qui préside à la création des banques espagnoles, à l'exception que si ces dernières établissent leur domicile social dans des villes qui ne soient ni Madrid ni Barcelone, elles doivent posséder un capital minimum de seulement 500 millions de pèsètes (article 3, n°s 2 et 3 du Décret 2 246/74). Donc, cette réduction n'est pas applicable aux banques constituées par un capital intégralement étranger ;

(c) Upon incorporation, 50 % of the minimum capital and 100 % of the issue premium must be paid up. The 50 % balance must be paid in within two years. Spanish banks are also subject to this requirement.

c) avoir déboursé au moment de la constitution cinquante pour cent du capital et la totalité de la prime d'émission, alors qu'existe une période ne dépassant pas les deux ans pour le déboursement des cinquante pour cent restant du capital (article 3, n° 2, c). C'est une formalité également exigible des banques constituées par un capital espagnol (article 3, n° 2, *in fine*, du Décret 2 246/74) ;

(d) The capital contribution must be in cash, convertible into foreign currencies drawn from either a nonresident or convertible peseta account.

d) tous les déboursements se feront en espèces, par conversion de devises, d'un débit sur des comptes étrangers de pèsètes pour les paiements en Espagne ou de pèsètes convertibles (article 3, n° 2, c, *in fine*).

2. — De leur côté, les succursales des banques étrangères demeurent obligées de maintenir, à tout moment, une assignation de capital qui ne soit pas inférieure à 750 millions de pesètes, et qui devra être intégralement déboursée en espèces au moment de leur constitution, par conversion de devises, d'un débit sur un compte étranger de pesètes pour des paiements en Espagne ou de pesètes convertibles (article 6). On doit bien considérer que l'autorisation concédée par l'administration espagnole pour l'établissement d'une succursale sera intransférable et sera considérée automatiquement comme supprimée si cette dernière en arrivait à être dépossédée (article 5, n° 3).

The creation of branches must meet the same conditions, except the deemed capital is 750 million pesetas.

The authorization to create a branch may not be transferred.

B) Exercice de l'activité bancaire :

L'article 7, sous la rubrique générale de « conditions opératives », dispose comme règle de base qu'aussi bien les « banques filiales » que les « succursales des banques étrangères » seront sujettes aux dispositions applicables aux banques espagnoles. Cet énoncé est une imitation du paragraphe 1° de l'article 40 de la L.O.B. de 1946, à la seule différence qu'alors ce texte ne présentait qu'un maigre intérêt en raison de la prohibition de l'accès à la profession.

Once authorized, foreign banking subsidiaries and branches are subject to the same control as are domestic banks.

Le nouveau texte proclame le *principe d'assimilation* de la banque étrangère à la nationale dans l'exercice de l'activité bancaire. Cela implique :

1. — La soumission des entités bancaires étrangères aux organismes espagnols chargés de la direction, de l'inspection, de la surveillance et du contrôle du crédit : le Conseil des ministres, le Ministère de l'économie à travers la Direction générale de politique financière et du Secrétariat de l'économie financière, du Conseil supérieur bancaire et, finalement de la Banque d'Espagne¹².

Therefore, they are subject to the direction, inspection, surveillance and credit control of the council of Ministers, the Minister of Economy, the High Banking Council and the the Bank of Spain.

La Banque d'Espagne (article 17 du Décret-Loi 18/1962) est l'organe d'inspection des banques privées ; c'est à elle qu'appartient le strict accomplissement des normes qui, en matière de politique et d'action bancaires, sont

Under the 1978 Decree, the Bank of Spain must conduct at least one annual inspection during the

12. G. Perez de Arminan, « La autoridad financiera y la regulacion monetaria, crediticia y de cambios », *Revista de Economía Política*, 1973, n° 65, pp. 77-115.

first five years of the foreign bank's existence. The Bank of Spain must also ensure compliance with governmental banking policies. The principle of equal treatment is not absolute, however, because foreign banks do not have the right to vote in elections of members to the High Banking Council.

Foreign banks are also also subject to the Spanish public policy rules on private credit.

Notwithstanding the equal treatment policy, the 1978 decree institutes several exceptions justified on the basis of the development of the Spanish economy and to protect against undesirable deviations. In

établies par les organismes compétents. En outre, cet institut est habilité à dicter des instructions ayant force obligatoire (y compris pour la banque étrangère) au moyen de circulaires ou de communications directes. C'est dans ce sens que le Décret royal 1 388/78 ajoute que « durant les cinq premières années de leur existence (se référant aux succursales et aux filiales étrangères), elles seront inspectées par la Banque d'Espagne, au moins une fois par an » (article 7, n° 2, d).

Par manque de dispositions complémentaires du texte que nous examinons, on doit considérer en vigueur l'article 50 de la L.O.B. de 1946 et, par conséquent, que les banques étrangères n'ont pas voix consultative et délibérative dans les élections des charges du Conseil supérieur bancaire. Ainsi donc, il y a ici une rupture de la règle de base antérieurement exposée.

2. — L'assujettissement des entités bancaires étrangères à la réglementation espagnole du crédit privé, dont le caractère de loi de police et de sécurité est indubitable dans la mesure où elle sauvegarde l'« ordre public économique ». On ne pourra alléguer, pour échapper au droit espagnol dans l'exercice de la profession, des dispositions du pays d'origine du capital ou de celles de la maison-mère au cas où il s'agirait de succursales. Car la législation bancaire s'intègre dans ce que le Professeur Carrillo Salcedo dénomme le « droit économique et professionnel », dans lequel l'action du droit du pays d'accueil est totalement remarquable¹³.

3. — L'exercice d'opérations de la part de la banque étrangère est réalisé sur un plan d'égalité. C'est ici que peuvent s'appliquer les considérations émises par le Professeur A. Polo avant le présent Décret royal¹⁴.

Mais la règle de base de l'article 7, n° 1, trouve sa limite en d'autres circonstances, justifiées, selon le préambule du Décret royal, par « le degré actuel de développement de l'économie espagnole, pour garantir que ne pourront se produire des déviations indésirables dans la

13. J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, 2^e éd., Tecnos, Madrid, 1976, pp. 114-115.

14. A. Polo, « Les dispositions spéciales aux banques étrangères », rapport présenté à la session de Barcelone de 1974 de l'Association Internationale de Droit Comparé (polycopié).

fonction qu'on leur assigne » (se référant aux banques étrangères). Les circonstances en question consistent, hormis l'inspection indiquée par la Banque d'Espagne, en ce que :

a) Elles ne pourront, sauf autorisation expresse de la Banque d'Espagne, obtenir un financement étranger sur le marché intérieur d'une proportion supérieure à quarante pour cent de leurs investissements en valeurs et crédits à des entités espagnoles, publiques et privées, plus les actifs de couverture du coefficient de caisse, même si l'on exclut celui obtenu sur le marché interbancaire espagnol.

b) Elles ne pourront ouvrir plus de trois agences, bureau principal inclus. Plus qu'une restriction, cette circonstance impose un régime de privilège : rappelons que le projet parlait seulement d'un bureau et que, d'autre part, la lettre d) de l'article 4 du Décret 2 246/74 ne permet qu'un seul bureau pour les banques constituées par un capital espagnol.

c) Leur portefeuille de valeurs sera composé exclusivement par des titres publics et des titres à rente fixe. Exceptionnellement, elles pourront maintenir dans leurs titres de participation, durant une période n'excédant pas six mois, des actions acquises en exécution de dettes correspondant à des prêts de bonne foi.

4. Transfert des bénéfices à l'extérieur

L'article 8 fait une distinction entre les banques filiales et les succursales des banques étrangères.

En ce qui concerne les filiales, l'alinéa 1 s'en remet au régime général du transfert prévu par la Loi sur les investissements étrangers, dans son Règlement et dans les dispositions pour son application¹⁵.

15. D. Alvarez Pastor et F. Eguidazu, *Control de Cambios. Régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*, t. II, 2^e éd., R.D.P., Madrid, 1977, pp. 713 et suiv. ; voy. les commentaires à ces dispositions de B.M. Cremades, « Foreign Investment in Spain », *Droit et Pratique du Commerce International*, 1975, 1, 581-588.

addition to the inspection by the Bank of Spain, foreign banks :

(a) may not obtain foreign financing from the local market in excess of 40 % of their investments in public or private Spanish securities and credit plus their assets adjusted for cash on hand, unless they receive special authorization from the Bank of Spain.

(b) may not open more than three agencies, including the principal agency.

(c) must have in their portfolio only public and fixed income shares. Exceptionally, in their investments for controlling interest in other businesses, they may hold for a maximum period of 6 months shares received in consideration of good faith loans.

Transfers made by a subsidiary to its foreign parent are subject to the general foreign investment law. Transfers of any kind (e.g., profits, payment of overhead expenses) by a branch to its

foreign head office are limited to profits distributable by Spanish banks. The base is determined by the deemed capital and retained earnings.

Pour ce qui est des secondes, l'alinéa 2 établit que celles-ci :

« ... ne pourront transférer à leur maison-mère, dans chaque exercice et à n'importe quel titre (bénéfices, participation aux frais généraux, etc.), une quantité supérieure à celle résultant de l'application auxdites succursales, de la norme en général en vigueur pour la banque espagnole en matière de distribution des bénéfices. Dans le but de déterminer la base sur laquelle on devra établir la proportionnalité des montants transférables, on évaluera l'assignation du capital, plus les réserves constituées dans la succursale ».

5. Le décret royal 1.388/78 devant le Marché commun bancaire

Under the Franco regime, the Spanish banking and the EEC regulations were established in diametrically opposite directions. While the 1973 and 1974 EEC Directives sought to introduce a banking common market through the progressive elimination of restrictions on the right of establishment and practice...

Il semble surprenant de constater la distorsion qui s'est produite à partir des années 1960 entre le système espagnol d'accès à la profession bancaire étrangère et le procédé d'intégration suivi par la C.E.E. sur le plan bancaire¹⁶. Il est bien connu, que, dans la Communauté, l'on procéda à une suppression graduelle des dispositions discriminatoires pour l'établissement des banques privées en territoire communautaire et à l'harmonisation des règles de l'accès et de l'exercice de la profession bancaire étrangère. Il est vrai que le chemin parcouru fut long et difficile, et que l'on y rencontra fréquemment, la forte opposition des banquiers des Six et, singulièrement, celle de ceux qui appartenaient aux nouveaux Etats membres. Malgré tout, il fut possible d'aboutir à la Directive du 28 juin 1973, concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière d'activités non salariées des banques et

16. Avec un caractère introductif, voy. E. de Brabandiere, « Banking in the Common Market », *J. of Institute of Bankers*, 1960, 81, part 6, 358-368 ; B. Renda, « Credito, Risparmio e Banche nelle prospettive dell'intergrazione europea », *Economia e Credito*, 1972, pp. 19-37 ; Ch. Gavalda, « L'harmonisation des législations bancaires », *J. dr. int.*, 1970, 97, 5-19 ; G. Ruta, *Ordenamenti bancari dei paesi della C.E.E.*, *Bancaria*, Roma, 1971 ; id., *Il sistema delle Legislazione bancaria*, 2^e éd., *Bancaria*, Roma, 1975 ; Ch. Campet, « La libération de l'activité bancaire dans la Communauté Economique Européenne », *Banque*, 1974, num. 327, p. 255 ; id., « Le Marché Commun Bancaire », *Rev. du Marché Commun*, 1970, pp. 441 et suiv.

autres établissements financiers¹⁷, et à la Directive du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice¹⁸. Ces dispositions communautaires, malgré les résultats modestes au regard du processus général de libéralisation du droit d'établissement suivi par la Communauté et face à la phase finale du « Marché commun bancaire », ont apporté avec elles des résultats irréversibles qui semblent bien éloignés de la réglementation espagnole en la matière.

L'Espagne était demeurée indifférente au processus d'intégration communautaire dans le secteur de la banque et le fait que sa législation ne se soit pas adaptée de manière flexible au système suivi par la C.E.E., faisait qu'en 1978 la distorsion était pratiquement totale. Il faut tenir compte du fait que, jusqu'au Décret royal 1 388/78, le système bancaire espagnol était beaucoup plus hermétique que celui existant en Grèce¹⁹ et au Portugal (même après la nationalisation du secteur bancaire)²⁰.

Cette situation aurait pu se maintenir si les règles contenues dans le projet du Décret étaient entrées en vigueur. Le caractère discriminatoire existant entre le national et l'étranger, surtout en ce qui concerne l'accès à la profession bancaire et la pratique administrative tout aussi discriminatoire de la concession de l'autorisation

the Spanish banking regulations until 1978 sought to restrict the establishment of foreign controlled banking activities to a bare minimum...

and were in contradiction with the June 22, 1973 Directive, especially the prior authorization requirement, and...

17. J.O.C.E., n° L 194/1-10, 16-7-1973 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, n° 4, pp. 767 et suiv. ; voy. Ch. Gavalda, « La libération de l'établissement et des prestations de services bancaires dans la C.E.E. », *ibid.*, pp. 695-707 ; F. Fobe, « Liberté d'établissement et de prestation de services », circulaire n° 13, 30 juin 1973, du Groupement des Caisses d'Épargne de la C.E. ; Ch. Campet, « La libération de l'activité bancaire dans la Communauté... », cité dans la note précédente, et reproduit dans *L'activité des banques étrangères en France*, P.U.F., Paris, 1975, pp. 39-45 ; A. Costa, « Problemi dello stabilimento e della prestazione di servizi per le Banche e gli altri istituti finanziari nella C.E.E. », *Studi di Diritto Europeo in onori di Riccardo Monaco*, Giuffrè, Milan, 1977, pp. 155-173.

18. J.O.C.E., n° L 322/30-37, 17-12-1977. Voy. Ch. Gavalda, *loc. cit.* à la note 20 ; H. Simonet, « The Harmonisation of Banking in Europe », *Rev. de la Banque*, 1974, pp. 372-380.

19. A. Zitridis, « Institutions et mécanismes bancaires en Grèce », in *Systèmes bancaires d'Europe Occidentale* (hors C.E.E.), Dunod, Paris, 1970, pp. 464-465.

20. Voy. le Décret-Loi du Conseil de la Révolution du 14 mars 1975, qui permet l'ouverture de bureaux de représentation de banques étrangères.

préalable, se trouvait en opposition totale avec le n° 1 de l'article 3 de la Directive du 28 juin 1973. Ainsi, d'après ce dernier, « Les Etats membres suppriment les restrictions qui notamment :

a) empêchent les bénéficiaires de s'établir dans les pays d'accueil ou d'y fournir des prestations de services, aux mêmes conditions et avec les mêmes droits que les nationaux ;

b) résultent d'une pratique administrative ayant pour effet d'appliquer aux bénéficiaires un traitement discriminatoire par rapport à celui qui est appliqué aux nationaux ».

the December 12, 1977 Directive.

Il reste bien entendu que la réglementation proposée serait, en outre, complètement incompatible avec la Directive du 12 décembre 1977 qui suppose, par rapport à la précédente, un pas en avant vers la réalisation du marché commun bancaire.

Although the 1978 Royal Decree is not in complete harmony with the principles of the 1973 Directive, it brings Spain's regulations to the position that certain countries were in before the publication of this Directive. Therefore the 1978 Decree constitutes an important step towards admission to the EEC.

Au contraire, la nouvelle réglementation bancaire espagnole sur l'accès direct de la banque étrangère, bien qu'elle ne soit pas totalement d'accord avec les principes énoncés dans la Directive de 1973, n'est pas plus rigoureuse que celle existant dans les pays membres au moment de l'apparition de cette dernière dans le Journal Officiel des Communautés Européennes (rappelons que la législation bancaire du Danemark est antérieure à l'entrée de ce pays dans la C.E.E.).

A certains égards, elle est même très libérale : il suffit de vérifier le catalogue des restrictions à supprimer figurant dans l'alinéa 2 de l'article 3 qui affecte, à plus ou moins grande échelle, tous les Etats membres. Le Décret royal 1388/78 constitue, à cet égard, un important point de départ pour la préparation de la future adhésion de l'Espagne à la C.E.E. dans le secteur concret de l'activité bancaire.

A comparative analysis of the 1978 Decree and the EEC Directive shows the principal restrictions which must be eliminated in order to harmonize Spanish law.

Ainsi donc, un examen comparatif du texte espagnol et du texte communautaire met en évidence les principales restrictions qui devront être supprimées pour que la législation espagnole s'ajuste aux Directives. Ces restrictions, *prima facie*, affectent les thèmes suivants :

The requirement of reciprocity to establish a bank and to exercise the banking profession must be eliminated.

A) Réciprocité : La condition de réciprocité figure dans la législation bancaire espagnole à deux niveaux différents : en premier lieu, en ce qui concerne l'accès à la profession bancaire, c'est-à-dire en vue de l'ouverture d'une succursale d'une banque étrangère ou pour la créa-

tion d'une filiale (articles 3 et 5 du Décret royal 1 388/78); en second lieu, pour ce qui est de l'exercice d'activités des banques étrangères établies en Espagne (article 40, al. 2 de la L.O.B. de 1946).

B) Garanties spéciales pour les banques étrangères : L'administration espagnole est habilitée à exiger des banques étrangères établies en Espagne la prestation d'une garantie constituée par des dépôts en espèces ou en crédits publics qu'elle fixera librement (article 40, al. 2, de la L.O.B. de 1946). Cette norme est essentiellement prévue, bien sûr, pour les quatre succursales qui se sont maintenues en Espagne après la guerre civile²¹; mais elle n'a pas encore été abrogée et elle affecte indubitablement la nouvelle réglementation qui passe ce thème sous silence.

C) Conditions de nationalité : Le Décret royal, à l'inverse du projet, n'exige pas de conditions spéciales de nationalité espagnole pour occuper les charges directives dans des banques étrangères. D'autre part, il existe un précédent en la matière : dans les statuts du Banco Arabe Espanol S.A., on spécifie notamment que le président de l'entité devra être arabe nécessairement.

Il existe, cependant, une importante discrimination contraire au n° 1 de l'article 4 de la Directive du 23 juin 1973, relatif au droit d'affiliation des dirigeants des banques étrangères aux organisations professionnelles de banques. En effet, l'article 50, *in fine*, de la L.O.B. de 1946 oblige toute banque privée à s'inscrire au Conseil supérieur bancaire, y compris « les banques étrangères opérant en Espagne, lesquelles, malgré tout, n'auront pas droit de vote dans les élections pour les charges du Conseil en question ». Cette exclusion maintenue dans l'Ordre du 5 février 1947 est en vigueur aujourd'hui.

D) Capital minimum : Il est similaire à celui exigé pour les banques espagnoles de création nouvelle. Mais, dans le cas des filiales, il existe l'exception que nous avons vue pour les places d'implantation qui ne sont ni Madrid ni Barcelone (*infra*, III A 1 b).

Although the 1978 Decree is silent, the Spanish administration generally requires foreign banks to provide minimum cash guarantees. This practice dates from after the civil war and is incompatible with the EEC regulations.

Although the 1978 Decree does not require bank directors or managers to be Spanish nationals...

nevertheless, discrimination based on nationality exists in the banking system as foreign banks may not vote in elections of members to the High Banking Council...

At present only Spanish banks locating outside of Madrid and Barcelona are entitled to a reduction in the minimum legal capital.

21. Notamment, le Crédit Lyonnais, la Banco de Londres y America del Sur, Ltd. (Lloyds Bank International), la Société Générale de Banque en Espagne et la Banco Nazionale del Lavoro.